

**CUÁNDO SE PUEDE INCURRIR
EN COMPETENCIA DESLEAL CON LA PUBLICIDAD**

**MANUELA BOTERO GHISAYS
LAURA ARBOLEDA TORO**

**UNIVERSIDAD EAFIT
ESCUELA DE DERECHO
MEDELLÍN
2012**

**CUÁNDO SE PUEDE INCURRIR
EN COMPETENCIA DESLEAL CON LA PUBLICIDAD**

**MANUELA BOTERO GHISAYS
LAURA ARBOLEDA TORO**

Trabajo de Grado para optar al título de Abogado

**Asesor: Sergio Alberto Mora
Abogado**

**UNIVERSIDAD EAFIT
ESCUELA DE DERECHO
MEDELLÍN
2012**

Nota de aceptación:

Presidente del Jurado

Jurado

Jurado

Medellín, abril de 2012

CONTENIDO

INTRODUCCIÓN	6
1. DEFINICIONES	8
1.1 QUÉ ES COMPETENCIA DESLEAL	8
1.2 QUE ES PUBLICIDAD	12
1.2.1 La publicidad desleal	15
1.2.2 Clases de Publicidad Desleal	16
2. CONDUCTAS DE COMPETENCIA DESLEAL APLICABLES A LA PUBLICIDAD.	18
2.1 ACTOS DE CONFUSIÓN	20
2.2 DESVIACIÓN DE LA CLIENTELA	26
2.3 ACTOS DE IMITACIÓN	28
2.4 ACTOS DE COMPARACIÓN	31
2.5 PUBLICIDAD ENGAÑOSA	34
2.6 APROVECHAMIENTO DE LA REPUTACIÓN AJENA	40
3. PROCESO EN CASO DE COMPETENCIA DESLEAL	47
3.1 COMPETENCIA	47
3.2 ACCIONES DE COMPETENCIA DESLEAL ESTUDIADAS POR LA SIC	48
3.3 PROCEDIMIENTO	50
4. CONCLUSIONES	52
BIBLIOGRAFÍA	54

RESUMEN

Con el presente trabajo se describirá, con base en la Jurisprudencia nacional y la Doctrina, el concepto de competencia desleal para posteriormente aplicarlo a la publicidad. Lo anterior se hará teniendo en cuenta la importancia de la publicidad en todas las esferas del comercio ya que ésta es la herramienta por medio de la cual empresarios y productores comercializan y adquieren sus productos.

De acuerdo con lo anterior, se empezará por definir la publicidad y la competencia desleal, teniendo en cuenta que la competencia sólo puede darse entre dos o más agentes económicos dedicados a la misma actividad y que se disputan la misma clientela. Posteriormente se definirán las diferentes conductas de competencia desleal aplicables a la publicidad: actos de confusión, desviación de la clientela, actos de imitación, actos de comparación, publicidad engañosa y aprovechamiento de la reputación ajena.

Una vez se haya hecho una ilustración de cada una de las conductas de competencia desleal aplicables a la publicidad, se irán analizando casos donde se evidencien actos de confusión, desviación de la clientela, actos de imitación, actos de comparación, publicidad engañosa y aprovechamiento de la reputación ajena para finalmente estudiar el procedimiento que se debe llevar a cabo en caso de incurrir en un acto de competencia desleal en materia de publicidad.

INTRODUCCIÓN

Este trabajo de grado tiene por objeto aplicar la teoría de la competencia desleal a la publicidad dado que a pesar de ser parte de nuestra cotidianidad y estar rodeados de controversias al respecto, aún cuenta con escaso desarrollo jurisprudencial y doctrinal al respecto.

La razón de lo anterior, es que la publicidad es un negocio en constante crecimiento dentro de la vida económica del país. Querámoslo o no, hace parte de nuestro día a día, convirtiéndose en una de las más importantes herramientas de los empresarios, productores y comercializadores cuando de adquirir mercado se trata. Por esto, se ha vuelto un elemento esencial de la competencia en el mercado, y si bien ésta está totalmente permitida, cuando supera los límites de la lealtad, se vuelve objeto de la regulación por parte del ordenamiento jurídico.

Se pretende entonces describir la teoría de la competencia desleal y la normatividad existente sobre ella en Colombia, aplicarla a la actividad de la publicidad e ilustrarlo con los casos que han llegado tanto a la Corte Suprema de Justicia en su momento, como a la Superintendencia de Industria y Comercio en la actualidad. Ello, con el fin de observar cuál ha sido el desarrollo jurisprudencial del tema y cómo ha ido evolucionando en Colombia, referente a los casos que han implicado importantes consecuencias económicas a algunos sectores del comercio.

Por otra parte, con este trabajo se pretende analizar si la normatividad sobre competencia desleal en la publicidad es eficiente y eficaz y si está diseñada para proteger a todos los competidores y llegado el caso, para sancionar a cualquier tipo de infractor, pues está visto que la publicidad mueve masas y por medio de ésta las élites más poderosas se valen de cualquier mecanismo para obtener provecho.

1. DEFINICIONES

1.1 QUÉ ES COMPETENCIA DESLEAL

En desarrollo de la libertad económica consagrada por la Constitución Política como un derecho radicado en todos los ciudadanos el cual está sometido a los límites que establezca la ley, la Corte Constitucional ha definido esta libertad como *“la facultad que tiene toda persona de realizar actividades de carácter económico, según sus preferencias o habilidades, con miras a crear, mantener o incrementar su patrimonio.”*¹

Por otra parte, la jurisprudencia ha afirmado que la libertad económica se encuentra profundamente vinculada con la libertad de empresa y la libre competencia. De acuerdo con lo anterior, la libertad de empresa es la *“capacidad que posee toda persona de establecerse y de ejercer la profesión u oficio que libremente elija”*² por otra parte, la libre competencia será *“la contienda de empresarios que emplean diversos medios tendientes a obtener determinados fines económicos y a consolidar y fortalecer sus empresas mediante la atracción y conservación de la clientela a precios, calidades y en condiciones contractuales diferentes a los demás participantes.”*³

Como se mencionó anteriormente, la libertad de empresa y la libertad contractual no son derechos absolutos. Estos derechos se encuentran limitados por el legislador según lo dispuesto en el artículo 333 y en el principio de la prevalencia del interés general. En consecuencia se concluye que, el derecho a la competencia se constituye en un límite para el ejercicio de estas libertades de

¹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencias C-524 de 1995, C-870 de 2003, C-070 de 2004, C-486 de 2009, C-352 de 2009

² <http://www.notinet.com.co/serverfiles/servicios/archivos/21mar03/sic-03.htm>

³ Ibíd.

índole económico y en este orden de ideas, a los agentes económicos no les es permitido actuar arbitrariamente en el mercado, por el contrario, deberán respetar las normas establecidas por el legislador en aras de proteger la libre competencia.

Como consecuencia de lo anterior, el régimen de la competencia en nuestro ordenamiento jurídico, contempla disposiciones en el tema de promoción de la competencia encaminadas a garantizar a quienes ya se encuentran dentro del mercado, la utilización de medios legales y leales en la lucha por la clientela, si en la contienda por atraer a la clientela se utilizan medios honestos y de acuerdo a las sanas costumbres.

De esta forma aquellos que como resultado del libre juego de la oferta y la demanda resulten vencidos, deberán asumir dicha consecuencia, pero si los competidores dentro de la lucha por atraer clientela se valen de medios desleales que distorsionan el mercado, su conducta se hace reprochable y es acá cuando la doctrina explica la razón de ser de las normas sobre competencia desleal pues las fundamenta en la necesidad de *“impedir que al competir se utilicen medios que desvirtúen el leal sistema competitivo, como ocurre cuando se permite atraer a la clientela mediante actuaciones incorrectas en el sentido no se basan en el esfuerzo propio del empresario ni en la calidad y ventajas de las prestaciones que ofrece”*⁴.

Pero, ¿Qué es competencia desleal? La ley 256 de 1996 establece en su artículo 7 la prohibición general de los actos de competencia desleal, estableciendo que constituye competencia desleal *“todo acto o hecho que se realice en el mercado con fines concurrenciales, cuando resulte contrario a las sanas costumbres mercantiles, al principio de la buena fe comercial, a los usos honestos en materia industrial o comercial, o bien cuando esté encaminado a afectar o afecte la libertad*

⁴ ALMONACID SIERRA, Juan Jorge y GARCIA LOZADA, Nelson Gerardo. Derecho de la competencia. Editorial Legis, 1998. p. 224.

de decisión del comprador o consumidor, o el funcionamiento concurrencial del mercado.”⁵

Los artículos 2 a 5 de la ley 256 de 1996 establecen los supuestos de aplicación de la misma, luego, para que una conducta sea reprimida como desleal en ella deben darse cada uno de esos supuestos, a saber:

- Haber sido realizada en el mercado.
- Haber tenido fines concurrenciales, es decir, haber proporcionado la posibilidad de participar o intervenir en el mercado, lo cual presume la ley cuando la actuación es objetivamente idónea para mantener o incrementar la participación en el mercado del actor o de un tercero.
- Se aplica a todos los participantes en el mercado, independientemente de su calidad de comerciantes.
- Los actos desleales deben tener sus efectos principales o estar llamados a producirlos en el mercado colombiano de manera que basta su potencialidad, es decir, ni siquiera que cause el resultado dañino. Se castiga de entrada el riesgo, no se requiere resultado dañino, con mayor razón si se presenta éste.⁶

El estudio de la competencia desleal y de las reacciones del ordenamiento jurídico frente a ella sólo puede efectuarse tomando como premisa fundamental la existencia de varios sujetos entregados a la práctica de una actividad común y enfrentados entre sí, por la necesidad de atraer la mayor cantidad de clientela posible.

⁵ CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 256 de 1996, Artículo 7, en concordancia con lo establecido por el numeral 2° del artículo 10 bis del Convenio de París, aprobado mediante Ley 178 de 1994.

⁶ *Ibíd.* Artículos 2 a 5.

El término competencia es pues, utilizado por economistas y juristas en distintos sentidos, siendo en este caso relevante jurídico como se procederá a explicar.

La mayoría de las actividades económicas realizadas entre vendedores y compradores se asumen desde esta perspectiva, como negocios jurídicos, es decir, actos mediante los cuales los particulares regulan, en ejercicio de su autonomía privada, los intereses propios en relaciones con terceros.

Solamente cuando alguno de los vendedores que participa en el mercado desarrolla actos encaminados a provocar desplazamientos de clientela en favor suyo, emerge el tipo de competencia que llama la atención del derecho.

La competencia jurídicamente considerada se traduce en una interferencia con la libertad de conclusión de un negocio jurídico de que son titulares los clientes, en consonancia con algunos elementos, como pluralidad de empresarios en el mismo mercado, pluralidad de compradores, posibilidad de que dichos empresarios mediante actos de competencia, logren desplazamientos de la clientela de otros empresarios o por lo menos lo intenten. La competencia sólo se da entre mercados de bienes idénticos o que satisfacen en relativa igualdad de condiciones una misma necesidad.

Habrá competencia entonces, cuando quiera que un empresario utilice prácticas encaminadas a atraer para su producto consumidores que integren una clientela compartible con la de otro productor. Este fenómeno no se mide por la eficacia que conlleve, sino por los fines que persigue.

Este fenómeno de la competencia tiene límites, los cuales encuentran su fundamento en la protección necesaria a los consumidores o a los mismos productores que se disputan la clientela común. Claro está, esto presupone la facultad del Estado de intervenir la economía, pues en un Estado netamente

liberal, sería impensable. Entre estas limitaciones se aparecen las que reprimen las prácticas de competencia desleal. El límite de los medios que pueden emplearse para desplazar a los competidores está fijado por la rectitud de los mismos, y cuando esta se supera, se cae en el ámbito de la competencia desleal.

Son pues muchos los tópicos que circundan al mundo de la competencia, su concepto es claro, estableciendo las legislaciones los parámetros dentro de los que se puede actuar, encontrando como instrumento para disputarse el mercado, la publicidad, concepto bajo el cual se mirará como con ésta se puede competir leal o deslealmente, siendo el eje central del presente trabajo.

1.2 QUE ES PUBLICIDAD

“La publicidad es parte del tejido cultural y económico de una sociedad. Crece en conjunto con una economía dinámica y avanzada. En consecuencia, la historia de la publicidad solamente puede estudiarse desde la perspectiva del entorno político, económico y cultural de un país...”⁷

La publicidad existe como una forma de comunicación que va evolucionando a medida que el entorno cambia. Es totalmente adaptable a las circunstancias moldeando su contenido, sus imágenes, mensajes, medios, etc. Es dirigida a los consumidores quienes también van cambiando a medida de lo que les ofrece la publicidad logrando así que converjan a un punto, el consumo.

Hay muchas definiciones de publicidad. Según el Código de Autorregulación Publicitaria, aunque no define propiamente lo que es publicidad establece:

⁷ THOMAS RUSSELL, J.; RONALD LANDE, W. y WHITEHILL KING, Karen. Kleppner Publicidad. Ed. Pearson Prentice Hall. p. 5

Agencia de publicidad: toda persona natural o jurídica cuyo principal objetivo sea la prestación de servicios publicitarios.

Servicios publicitarios: este sector comprende el tiempo o el espacio para la publicidad lo cual implica, entre otros, la planificación, creación y los servicios de colocación en el sector de la publicidad además del análisis e investigación de mercados, la formulación, observación y recomendación de planes de medios, la creación, diseño y elaboración de piezas y campañas publicitarias, etc.

Anuncio: En su sentido amplio, es la forma que adopta el mensaje publicitario, independiente del medio de comunicación en el que se produzca su difusión, para dar a conocer un producto, mensaje o suceso. Los anuncios pueden contener imágenes, afirmaciones o frases publicitarias objetivas o subjetivas:

Las objetivas: Están relacionadas con cualidades tangibles y valores medibles de un producto o servicio el cual puede ser medido a través de estándares aceptados o exámenes. Como hechos, son susceptibles de ser comprobados y el anunciante debe poseer las pruebas, con anterioridad a la difusión del anuncio.

Las subjetivas: Relacionadas con expresiones de opinión o evaluaciones personales de una cualidad intangible o no impalpable de un producto o servicio. Las opiniones individuales, aseveraciones de orgullo corporativo algunas veces pueden ser consideradas subjetivas y no sujetas a prueba.⁸

También hay definiciones de publicidad en la doctrina, por ejemplo el teórico William F. Arens, en uno de sus libros⁹ explica que, con el propósito de iniciar y conservar el contacto con sus clientes y prospectos, las organizaciones se sirven de varias herramientas de la comunicación: cartas promocionales, anuncios de prensa, patrocinios de eventos, publicidad no pagada, llamadas de ventas por telemarketing, exhibiciones de material, cupones y sorteos entre otros. Los consumidores diariamente estamos expuestos a tal vez miles de mensajes comerciales. A esto se le llama comúnmente “publicidad”, aunque de hecho su nombre colectivo correcto es comunicación de marketing. La publicidad no es más que una de esas herramientas, entonces ¿Qué es la publicidad?

⁸ Código de autorregulación publicitaria, Artículo 6

⁹ ARENS, William F. Publicidad. Edición 11. Editorial McGraw-Hill, 2008

Al principio del siglo XX Albert Lasker, a quien se considera el padre de la publicidad moderna, era propietario de la agencia publicitaria de Sunkist: Lord & Thomas. Definió la publicidad como “arte de vender utilizando materiales impresos, basado en las razones o motivo de compra”. Esto se formuló mucho antes de la radio, la televisión o el Internet, hoy en día nuestro planeta ha cambiado de una forma radical. Es por esta razón que la índole y las necesidades de los negocios han cambiado y por ende, el concepto de la publicidad.

Hoy abundan las definiciones de la publicidad. Para los periodistas es un proceso de comunicación, de relaciones públicas o de persuasión. Los hombres de negocios ven en ella un proceso de marketing. Los economistas y sociólogos tienden a concentrarse en su importancia económica, social o ética. Y algunos consumidores podrían definirla simplemente como un mal necesario.

Arens toma como definición funcional: *"Publicidad es una comunicación estructurada y compuesta, no personalizada, de la información que generalmente pagan patrocinadores identificados, que es de índole persuasivo, se refiere a productos (bienes, servicios e ideas) y se difunde a través de varios medios".*¹⁰

En Colombia sólo una definición de publicidad vincula jurídicamente, ella es la que se encuentra consagrado en el Estatuto de Protección al Consumidor. La Ley 73 de 1981 facultó al Gobierno Nacional para expedir normas en materia de protección al consumidor. Por esa razón se expidieron los Decretos 1441, 3466 y 3467 de 1982, que contienen el Estatuto de Protección al consumidor en nuestro país. Los anteriores fueron derogados por la Ley 140 de 2011, el nuevo Estatuto de Protección al Consumidor.

¹⁰ Ibíd.

Este Estatuto empieza definiendo qué es publicidad (Artículo 5° Ley 1480 del nuevo estatuto de protección al consumidor): "*Publicidad: Toda forma y contenido de comunicación que tenga como finalidad influir en las decisiones de consumo.*"

Es el medio por el cual los consumidores conocen los bienes y servicios ofrecidos por los productores y proveedores. Debe cumplir con los requisitos que el Estatuto de Protección al Consumidor establece en esa materia para evitar que cause perjuicios o daños a los consumidores.

El negocio publicitario ha crecido debido a la gran oferta de productos y servicios que existen en el mercado, hay consumidores muy segmentados que se diferencian ante los otros por pertenecer a grupos más cerrados y que son evidenciados ante los demás. La pauta publicitaria aparece como negocio y se mantiene debido a las grandes inversiones que destinan las empresas para el posicionamiento de sus productos o servicios.

1.2.1 La publicidad desleal

Teniendo en cuenta que "*la publicidad es un instrumento eficaz para difundir mensajes comerciales correctos, también se recurre a ella para lanzar mensajes bastantes menos positivos*"¹¹, es aquí donde aparece la publicidad desleal como mecanismos para tergiversar el mensaje que llega a los consumidores.

José Carlos Tinoco Soares¹², plantea la definición de "marca engañosa". Las marcas deben comunicarnos claridad, distinción que implique, que al momento de percibirla sea idónea e inconfundible. Esto se convierte en la publicidad desleal cuando el mensaje que comunica no es veraz y falto a la ética publicitaria.

¹¹ AZNAR, Hugo y CATALÁN, Miguel. Códigos Éticos y Publicidad y Marketing.

¹² TINOCO SOARES, José Carlos. Tratado de propiedad industrial de las Américas.

Aquí es donde el Derecho y la Publicidad se unen. No hay actividad que no esté regulada por normas y la publicidad no es la excepción. Esta última es un importante recurso de la actividad comercial y si bien se ha convertido en un eficaz mecanismo para ejercer la competencia, esta competencia es en muchos casos desleal.

1.2.2 Clases de Publicidad Desleal

Existen varios tipos de publicidad desleal según menciona Jorge Jaeckel:

Publicidad Comercial desleal difamatoria y denigratoria, en esta se difama a alguien, persona natural o jurídica cuando trata quitársele la buena reputación, la fama es indicativa de buenas maneras de virtud. Dentro de las formas más usuales de descrédito encontramos las que atacan la moral misma del comerciante competidor llamado como injuria y las que atacan la conducta del competidor en el campo del derecho conocida como calumnia.

Publicidad Comercial desleal por engaño, esta forma de publicidad se castiga la falta de veracidad de la información o negociación del acto publicitario.

Publicidad Comercial desleal por presuntas liquidaciones o rebajas de precios, en este tipo de publicidad es usual que los comerciantes con el fin de promover sus ventas adelanten campañas de liquidación de saldos, mitad de precios, etc. Con las cuales no solo faltan a la verdad en algunas ocasiones, sino que adicionalmente causan confusión en el mercado.

Publicidad comercial desleal por violación de normas que protegen la propiedad industrial, en la propiedad industrial se protege con una patente los inventos o invenciones útiles. También se protegen las marcas, las enseñas, los diseños y modelos industriales, las razones o denominaciones sociales, o lo que es igual, el nombre comercial, encuentra su protección en el primer uso del que se haga. No obstante su registro en la cámara de comercio del domicilio de la sociedad, dará publicidad a este hecho.

Publicidad desleal por cláusula general, en esta la publicidad se rige por normas legales en donde se sirve de jurisprudencia y la doctrina.

Publicidad desleal en los consumidores, en este tipo de publicidad se constata el frecuente abuso de los consumidores. Como repercute la publicidad en ellos, los derechos que tienen como consumidores hacia cualquier tipo de engaño publicitario a la hora de la compra de un producto o adquirir o servicio¹³:

¹³ JAECKEL, Jorge. Publicidad Comparativa frente a la Competencia Desleal.

Así mismo, en otras legislaciones, como la española, la publicidad desleal se clasifica de la siguiente manera:

Publicidad ilícita: La publicidad que atente contra la dignidad de la persona o vulnere los valores y derechos reconocidos en la Constitución, especialmente en lo que se refiere a la infancia, la juventud y la mujer; la publicidad engañosa; la publicidad desleal; la publicidad subliminal; y la que infrinja lo dispuesto en la normativa que regule la publicidad de determinados productos, bienes, actividades o servicios.

Publicidad engañosa: Es engañosa la publicidad que de cualquier manera, incluida su presentación, induce o puede inducir a error a sus destinatarios, pudiendo afectar a su comportamiento económico, o perjudicar o ser capaz de perjudicar a un competidor. Es asimismo engañosa la publicidad que silencie datos fundamentales de los bienes, actividades o servicios cuando dicha omisión induzca a error de los destinatarios.

Publicidad subliminal: La que mediante técnicas de producción de estímulos de intensidades fronterizas con los umbrales de los sentidos o análogas, pueda actuar sobre el público destinatario sin ser conscientemente percibida.¹⁴

¹⁴ Ley General de Publicidad de 1988. España

2. CONDUCTAS DE COMPETENCIA DESLEAL APLICABLES A LA PUBLICIDAD

La competencia sólo puede darse entre dos o más agentes económicos dedicados a la misma actividad y que se disputan la misma clientela. Por ende, sólo habrá competencia desleal entre comerciantes entre quienes la clientela sólo pueda crecer o disminuir en favor o contra del otro. Quienes no sean rivales, podrán realizar actos encaminados a disminuir la clientela de otro sin que estos actos quepan dentro de los actos de competencia desleal. Lo anterior no implica que estos actos le sean ajenos al ordenamiento, simplemente que son tratados de forma diferente, por ejemplo bajo el modelo de responsabilidad civil extracontractual, delitos, entre otros, dependiendo de las particularidades de cada caso.

No constituyen actos de competencia desleal aquellos que busquen canalizar la clientela que ha abandonado un empresario, siempre y cuando el abandono sea definitivo, Esto, siempre y cuando no se genere confusión a la clientela presentándose, de forma idónea, como continuador de la actividad anterior, caso en el cual sí se estaría ejerciendo un acto de competencia desleal.

Para efectos de tener como de competencia o no un acto, no es necesario que el mismo resulte eficaz, solo basta que sea apto para lograr el objetivo de aumentar la clientela.

Por otro lado, el acto que se ejecute debe ser indebido. Para algunos autores lo indebido deviene de lo ilícito, mientras para otros deviene de lo imprudente. Entre ambas opciones hay una infinidad de matices. En el Convenio de París se define como *“contrario a los usos honestos en materia industrial”*¹⁵, mientras en nuestro

¹⁵ Convenio de París, aprobado mediante Ley 178 de 1994

Código de Comercio se dice que el acto debe ser contrario a las costumbres mercantiles.

Podemos entonces deducir que lo inaceptable en materia de competencia, es que la misma sea deshonesta. Esto implica que no hay una lista taxativa de actuaciones que sean calificadas como competencia desleal, no solo por la infinidad de opciones que existen para actuar de forma deshonesta en la consecución de clientela, sino porque también, las sociedades cambian, los valores se van modificando y por ende las conductas de los comerciantes van mutando con la realidad en que se convive. Aquí es donde intervienen los jueces, imponiendo límites a través de la jurisprudencia.

Los actos de competencia desleal desde su elemento subjetivo, no tienen nada que ver con el elemento volitivo, es decir, con la intención o no de realizarlos. Ellos generan responsabilidad objetiva, es decir, el surgimiento de la obligación de indemnizar si el daño fue generado independientemente de que haya sido inconsciente o involuntario.

El acto de competencia desleal, además de efectivamente ser de competencia e indebido según lo explicado anteriormente, debe ser idóneo para producir un perjuicio. Esto implica que efectivamente lo sea, no que haya demostrado ser efectivo como factor de generación de perjuicios. Esto con el propósito de poner en marcha en los mecanismos de represión aún antes de que se genere el perjuicio, como medio de prevención y no exclusivamente sancionatorio.

Como bien se ha demostrado, los actos de competencia desleal, si bien tienen clasificación, pueden llegar a ser infinitos. Por esta razón el artículo 7 de la Ley 256 de 1996 constituye la cláusula general de los actos de competencia desleal, para encuadrar dentro de la ley conductas que no estén especificadas como competencia desleal en la ley, pero que lo son.

A continuación entonces, se hará una descripción de cada acto de competencia desleal que pueda ser aplicada a las actividades publicitarias. Ellos han sido objeto de litigios llevados ante los jueces competentes y la Superintendencia de Industria y Comercio en muchos casos como se ejemplificará en cada una de las categorías mencionadas.

Cabe aclarar que no a todos los actos que se encuentran clasificados dentro de la teoría de la competencia desleal caben aquí. Esto porque el objeto de este trabajo es precisamente aplicarlos a la publicidad como fenómeno actual que regula gran parte del comercio y ejemplificar a través de casos llevados a la justicia la forma en que se tratan dentro de nuestro ordenamiento jurídico.

2.1 ACTOS DE CONFUSIÓN

La Ley 256 de 1996 determina que en general están prohibidos los actos de competencia desleal. Es un deber de los comerciantes abstenerse de ella. Se parte del concepto de buena fe comercial, como que ésta es la convicción del comerciante de estar obrando de forma legal y no fraudulenta.

Se considera competencia desleal todo acto que se realice en el mercado, cuando sea contrario a las sanas costumbres mercantiles, al principio de la buena fe comercial o a los usos honestos en materia comercial o industrial.¹⁶

En su artículo 10, la misma ley establece: *“ACTOS DE CONFUSIÓN. En concordancia con lo establecido por el punto 1 del numeral 3 del artículo 10 bis del Convenio de París, aprobado mediante Ley 178 de 1994, se considera desleal*

¹⁶ http://www.sic.gov.co/siyc/memoria/sic/sc649_01.html

*toda conducta que tenga por objeto o como efecto crear confusión con la actividad, las prestaciones mercantiles o el establecimiento <sic> ajenos.*¹⁷

Mediante este tipo de actuaciones, un competidor quiere aparentar que sus establecimientos, productos y/o servicios son los mismos que posee un competidor que tiene mayor crédito frente a los clientes. Con este mecanismo lo que el competidor pretende es apoderarse de la clientela del otro.

Como bien se puede deducir del artículo, los actos con los que se puede generar confusión en la clientela no sólo no son taxativos, sino prácticamente infinitos. La palabra “ajenos” denota la característica de que no sean propios, pero más allá de eso, la definición da un amplísimo margen para ellos. Esto implica que cualquier producto, servicio, institución o establecimiento de los competidores está protegido por la ley.

Sin embargo, es importante interpretar esta norma en concordancia con el artículo 20 de la Constitución Política de Colombia, en la cual se establece el principio de veracidad y claridad de la información, principio este desarrollado en el Estatuto de Protección al Consumidor. Lo que esto implica es que no debe confundirse al usuario, no sólo con respecto de las características del producto, como tampoco en relación a sus competidores. Se debe entonces ser preciso para evitar que la publicidad confunda o pretenda confundir a los consumidores respecto de un producto, servicio o establecimiento de la competencia.

Dentro del acto desleal se incluyen tanto los casos en los que "*el consumidor, al adquirir un producto, piensa que está adquiriendo otro*" (confusión directa)¹⁸, como aquellos en los que se presenta riesgo de asociación, que se produce cuando el

¹⁷ *Ibíd.*

¹⁸ TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA. Interpretación Prejudicial dentro del proceso, No. 32-IP-2009.

consumidor reconoce la diferencia entre los productos o servicios de que se trate y su distinto origen empresarial, "*pero de algún modo se le ha llevado a pensar que existe una relación entre ambas [empresas], ya sean vínculos comerciales, pertenencia al mismo grupo empresarial, etc.*" (Confusión indirecta)¹⁹. Es decir, el riesgo de confusión se materializa cuando el consumidor asume que la actividad, las prestaciones o los establecimientos tienen la misma fuente empresarial que demanda o que, por lo menos, se encuentran íntimamente relacionadas.

De conformidad con el artículo 10º de la Ley 256 de 1996, el acto desleal de confusión, que tutela especialmente el interés del consumidor consistente en "*garantizar su capacidad volitiva y decisoria a la hora de intervenir en el mercado*"²⁰, se configura en los eventos en que se ejecuta en dicho escenario y con fines concurrenciales cualquier conducta que resulte idónea para provocar en los consumidores un error "*sobre la identidad de la empresa de la que proceden los productos o servicios*" que se le ofrecen²¹, sin que para su configuración sea indispensable la efectiva materialización de tal efecto perjudicial en el mercado, pues -como lo ha dejado establecido la SIC- para ello basta con la existencia de un riesgo de confusión, esto es, de la potencialidad real de la conducta en cuestión para confundir²².

Un ejemplo en Colombia de Actos de Confusión es el del litigio presentado en 1982 entre los dueños de la empresa de producción y distribución de pollo frito, Frisby Ltda. (Que llevaba en el mercado diez años en la región del Viejo Caldas) y un familiar. Se constituyó la sociedad Restaurantes de Antioquia Ltda. Los dueños de Frisby representaban en Restaurantes de Antioquia Ltda. el sesenta por ciento

¹⁹ SÁNCHEZ SABATER, Laura. Actos de Confusión. En: MARTÍNEZ SANZ, Fernando (director). Comentario Práctico a la Ley de Competencia Desleal. Editorial Tecnos. Madrid. 2009. p. 79.

²⁰ BARONA VILAR, Silvia. Competencia Desleal. Tutela jurisdiccional -especialmente proceso civil- y extrajurisdiccional. Tomo I. Tirant Lo Blanch. Valencia. 2008. p. 294.

²¹ *Ibíd.* p. 357.

²² SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO. Auto No. 1841 de 2010. En el mismo sentido: Cas. Civ. Sentencia de noviembre 19 de 1999, exp. 5091.

y el familiar el cuarenta por ciento restante. Frisby Ltda. celebró un contrato de franquicia a favor de Restaurantes de Antioquia Ltda. para la explotación comercial de pollo frito Frisby, en Medellín, amparado bajo una receta o fórmula inventada especialmente para el pollo frito Frisby. Todos los requerimientos de publicidad, logotipos, decoración de locales, presentación de productos y servicios deberían desarrollarse igual a como Frisby Ltda. manejaba todos sus puntos de venta en la región del Viejo Caldas.

Restaurantes de Antioquia Ltda. promovió las ventas de pollo frito Frisby en Medellín, en las condiciones establecidas por la franquicia, durante cuatro años y medio. Vinieron desavenencias entre los socios y como resultado, el familiar que poseía el cuarenta por ciento quedó dueño de Restaurantes de Antioquia Ltda. Esta sociedad continuó con la franquicia de pollo frito Frisby hasta el 13 de noviembre de 1987. Luego, los derechos de explotación de la marca Frisby retornaron a sus creadores, Frisby Ltda.

Poco antes de que Restaurantes de Antioquia Ltda. no pudiera vender más el Pollo Frito Frisby, salieron en los periódicos *El Colombiano* de Medellín y *La Patria* de Manizales, noticias en las páginas económicas que se titulaban “Frisby cambiará de nombre por Pinky”, lo cual no era cierto, pues al terminar la franquicia, Frisby Ltda. podría explotar directamente sus productos en Medellín y Pinky, la nueva marca de RESTAURANTES DE ANTIOQUIA LTDA. por ésta, En esas notas, el propietario de Restaurantes de Antioquia Ltda. explicaba que inversionistas antioqueños le habían comprado a inversionistas del Viejo Caldas la participación en la sociedad, pero que el negocio que seguiría operando era el mismo, es decir pollo frito Frisby diciendo “... era el mismo pollo con diferentes plumas”.

El 13 de noviembre de 1987, fecha en la cual se terminó la franquicia explotada durante cuatro años y medio por Restaurantes de Antioquia Ltda., y día de lanzamiento de pollo frito Pinky, apareció un aviso en el policromía del diario *El Colombiano* que decía “Desde ahora en Medellín el pollo frito, con la receta del sabor original, se llama Pinky”. Se empezaba a generar confusión entre los consumidores, pues pensaban que se había operado sólo un cambio de nombre, pero que el producto y la empresa eran los mismos. Adicionalmente, los locales en donde funcionaban los establecimientos del pollo frito Frisby habían quedado de propiedad de Restaurantes de Antioquia Ltda. y por ello Pinky ocuparía las instalaciones anteriores, incluso así se anunció.

Siguieron saliendo en forma sucesiva tres avisos en los cuales aparecían Marilyn Monroe, Ringo Star y Madonna, afirmando que así como Norman Jean Baker, Richard Starkey y Louise Verónica Ciccone (nombres originales de estas estrellas), habían tenido éxito cambiando de nombre, lo mismo ocurrió con el pollo frito, que ahora se llamaba Pinky.

Frisby Ltda. buscó medios publicitarios en donde pautar, con el fin de contrarrestar el impacto en sus consumidores producido por la publicidad de Pinky pero no tuvo éxito pues Restaurantes de Antioquia Ltda. (Pinky), había pactado exclusividad con ellos.

En julio de 1988, cuando Pinky llevaba seis meses en el mercado, salió un aviso en el mercado que decía “Pinky cumple cinco años con todo el gusto y el sabor de la receta original. Solamente cambiamos el nombre pero no de sabor ni de sitios”. Esta fue la publicidad que definitivamente rebotó la tasa como se dice. La que había cumplido cinco años era la sociedad que durante cuatro años y medio había vendido pollo frito Frisby bajo un contrato de franquicia.

El propietario de Pinky elaboró con el mismo diseño de Frisby los vasos, bandejas de presentación, lemas, colores, tipos de letras, etc. En el consumidor era claro que Frisby había solo cambiado su nombre por el de Pinky.

El caso fue llevado a los tribunales y como resultado se estableció que había actos de competencia desleal por parte del propietario de Pinky, pues no se trataba de un solo cambio de nombre sino que era una empresa diferente la que explotaba el pollo Pinky. Igualmente determinó que era competencia desleal la continuidad que pretendió dar Pinky a Frisby, lo mismo que la exclusividad en los medios de comunicación para llevar a cabo la publicidad y la copia de los materiales del punto de venta ya que confundían a los consumidores y producían daños a Frisby Ltda. Lo que hizo Pinky fue reposicionar bajo otro nombre la marca Frisby, en lugar de posicionarse como nueva marca competidora.

En el momento histórico en que tuvo ocurrencia este caso, la competencia para el conocimiento del mismo radicaba en la jurisdicción ordinaria. Por este motivo, se llevó en primera instancia al Juez Civil del Circuito Especializado de Medellín, quien declaró i) que Alimentos Nacionales Pinky S.A. (antes Restaurantes de Antioquia S.A.) incurrió en actos de competencia desleal por la publicidad adelantada tendiente a crear confusión de productos con los de la sociedad competidora Frisby Ltda., ii) ordenó que se abstuviera de realizar ese tipo de actos y iii) y conminó al pago de multas sucesivas para garantizar su cumplimiento.

En razón de lo anterior, como era de esperarse, ambas partes Alimentos Nacionales Pinky S.A. apeló la sentencia ante el Tribunal superior de Medellín quien desestimó todas las pretensiones del ad-quo, fallándose así en contra de Frisby Ltda.

Es así como Frisby Ltda. interpone recurso de casación contra la sentencia del 10 de abril de 1992 pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de

Medellín. Dicho recurso fue resuelto por la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil, quien casó la sentencia dando razón en su totalidad a Frisby Ltda. y dictó sentencia sustitutiva, con base en los siguientes argumentos:

En primer lugar consideró que las conclusiones del Tribunal fueron equivocadas porque no era cierto que le se estuviera censurando a Pinky la posibilidad de trabajar en labores similares a las que se venía desarrollando.

Por otra parte, consideró la Corte que las conclusiones a las que llegó el Tribunal respecto a los acuerdos entre las dos empresas, sólo las pudo haber obtenido contrariando la realidad del proceso toda vez que, según lo probado dentro del éste se logró demostrar que la voluntad de las partes descartaba toda intención de continuidad de los contratos de concesión, licencia y regalías a partir del 13 de noviembre de 1987, cuando se extinguió la relación contractual entre las empresas. A partir de ese momento, cada una de éstas estaba facultada para continuar con su negocio de manera independiente y en especial Frisby tenía la potestad de seguir explotando la marca, con lo que se demostró que Pinky era una marca nueva y que a Frisby le pertenecía la clientela desde 1983.

Finalmente, la Corte concluye que toda la publicidad utilizada por Pinky es apta para producir confusión, desviación y desorganización de la clientela de Frisby Ltda. por lo que todos los gastos en los que ésta incurrió para impedir la fuga de su clientela son constitutivos de perjuicios y no de costos para adquirir nueva clientela, como lo argumentó el Tribunal.

2.2 DESVIACIÓN DE LA CLIENTELA

Cuando el acto o conducta tenga como objeto o efecto desviar la clientela de la actividad, prestaciones mercantiles o establecimientos ajenos, siempre que sea

contrario a las sanas costumbres mercantiles o a los usos honestos en materia mercantil o industrial, se incurre en competencia desleal.²³

Este acto de competencia desleal contempla todos los actos considerados por la ley como competencia desleal, pues en últimas lo que se busca con una conducta desleal es desviar la clientela.

La desviación de la clientela como tal, puede ser una actividad que pretende la publicidad. La adquisición de nuevos clientes es uno de los objetivos de las campañas publicitarias.

En sí misma, la desviación de la clientela no es castigada, de hecho, ella hace parte del juego de la sana competencia. Lo que se castiga es el medio utilizado para la misma, es decir, que se trate de medios fraudulentos, engañosos, insidiosos. Cuando se incurre en estas conductas, se aplica la sanción.

Hay varias formas en que desviar la clientela se califica como competencia desleal, entre éstas la **por engaño** sobre la cual debe decirse: Su configuración comprende que el sujeto pasivo de la acción haya inducido al consumidor a incurrir en error respecto de las prestaciones mercantiles ofrecidas por aquel, es decir, se requiere la potencialidad por parte de su autor de que su comportamiento inductivo provoque una reacción entre el público con base en información que no corresponda a la verdad.

Lo que caracteriza al engaño es la generación de una representación distorsionada de una realidad en la mente del consumidor como consecuencia de la conducta que despliega el competidor desleal. Si bien es común que el engaño surja de la difusión de una información falsa en torno a los elementos objetivos de un producto o de un servicio, lo definitivo en el engaño no es la falsedad en sí

²³ CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 256 de 1996. Artículo 8

misma y por sí sola considerada, sino la capacidad que tenga esa información falsa, para generar en la mente del receptor de ésta, una representación distorsionada de la realidad.

En consecuencia, no debe perderse de vista que la comisión de este tipo de conducta no requiere de la materialización efectiva de la desviación, pues de conformidad con la norma basta con el hecho que el acto tenga por objeto desviar la clientela. Luego si un comportamiento en el mercado está dirigido a captar o atraer clientes de manera contraria a los mencionados parámetros de conducta, – lógrese o no – sería imputable la consecuencia jurídica a quien lo comete.

2.3 ACTOS DE IMITACIÓN

El artículo 14 de la Ley 256 de 1996, señala:

Actos de imitación. La imitación de prestaciones mercantiles e iniciativas empresariales ajenas es libre, salvo que estén amparadas por la ley. “No obstante, la imitación exacta y minuciosa de las prestaciones de un tercero se considerará desleal cuando genere confusión acerca de la procedencia empresarial de la prestación o comporte un aprovechamiento indebido de la reputación ajena. La inevitable existencia de los indicados riesgos de confusión o de aprovechamiento de la reputación ajena excluye la deslealtad de la práctica. También se considerará desleal la imitación sistemática de las prestaciones e iniciativas empresariales de un competidor cuando dicha estrategia se halle encaminada a impedir u obstaculice su afirmación en el mercado y exceda de lo que según las circunstancias, pueda reputarse como una respuesta natural del mercado²⁴.

Respecto a los actos de imitación, puede señalarse que según lo planteado por la ley 256 de 1996, no solo se presentan cuando se aprecia un alto grado de similitud entre las prestaciones o iniciativas que se imitan, sino también cuando la imitación, en vez de detenerse exclusivamente en tales características, se realiza con una

²⁴ Ibíd. Artículo 14.

intensidad o frecuencia marcada. En este sentido, no cualquier imitación puede calificarse como desleal, sino que dicha imitación debe comportar algunos grados de perfeccionamiento entre otros (i) que la imitación desplegada (exacta y minuciosa o sistemática) provoque adicionalmente confusión o aprovechamiento de la reputación ajena, (ii) o se encamine a obstaculizar la afirmación del competidor en el mercado, (iii) o exceda, lo que según las circunstancias pueda reputarse como una respuesta natural del mercado.

De lo anterior se puede concluir que la regla general de libre imitación de productos o servicios encuentra fundamento en que esa conducta, siempre que no esté acompañada de los elementos atributivos de deslealtad, es considerada pro-competitiva en la medida en que promueve la eficiencia del mercado, genera un ambiente competitivo que motiva a los diversos oferentes a innovar con el propósito de superar a sus competidores y, en consecuencia, brinda a los consumidores la posibilidad de elegir entre distintas ofertas de bienes y servicios en atención a cantidades, calidades y precios²⁵, efectos que obviamente no se pueden predicar de la reproducción de signos distintivos o de cualquier otro medio de identificación empresarial, dada la alta probabilidad de que este comportamiento, al contrario, dificulte la labor de diferenciación de las distintas ofertas disponibles en el mercado.

Un ejemplo de acto de imitación en Colombia es el que se expone a continuación. Disa S.A., empresa dedicada a la comercialización de productos “fécula de maíz”, “mezcla para preparar buñuelos”, “natilla” y “natilla arequipe” identificados con la

²⁵ "La imitación, por el contrario, favorece y fortalece la competitividad [porque] facilitan los procesos de asimilación de las innovaciones, los cuales, además de expandir el mercado, incrementan nuevos procesos de creación porque los competidores, con miras a conquistar las ventajas de los pioneros querrán innovar a su vez; así mismo, porque la imitación, en cuanto genera estandarización, comporta una reducción de los costos de producción y la consecuente reducción de precios, beneficios que igualmente se desgajan del hecho de que conduce a la multiplicación de mano de obra especializada. En síntesis, pues, como la imitación se erige como un factor de eficiencia del mercado no suele ser hoy reprimida de la manera tajante por la que aboga la censura". Cas. Civ. Sentencia de diciembre 19 de 2005, exp. 4018.

marca “Maizena” S.A., demandó a Invercardenas S.A. Organización Cárdenas S.A., a Industria Colombiana de Féculas S.A. e Industrias la Victoria S.A. quienes se encargan de producir y empaçar el producto “fécula de maíz” identificado con la marca “De la Abuela”; por (confusión), 11 (engaño) y 14 (imitación) de la Ley 256 de 1996 por la similitud que presentaban los empaques de los productos de las demandadas. Consecuentemente, la demandante solicitó que se les prohíba la utilización de los cuatro empaques en litigio y se ordene el cese de la distribución de los productos con ellos identificados. Finalmente, requirió que se indemnicen los perjuicios causados.

El problema es entonces determinar si ciertas presentaciones de los productos “fécula de maíz”, “mezcla para preparar buñuelos”, “natilla” y “natilla arequipe”, comercializados en el mismo mercado y en un momento posterior y que incorporan elementos comunes relacionados con colores, letras y elementos gráficos, generan los actos de competencia desleal denunciados.

Al respecto, la Superintendencia de Industria y Comercio (SIC) señaló que el extremo demandante no demostró que con ocasión del empleo de las presentaciones de los productos “fécula de maíz”, “mezcla para buñuelos”, “mezcla para natilla” y “mezcla para natilla arequipe”, identificados con el signo “De La Abuela”, se incurriera en el acto desleal de imitación, en tanto que una confrontación de los productos en cuestión evidencia que no existió una reproducción exacta y minuciosa de los elementos del empaque de la demandante, aunque si se usaron unas imágenes y figuras comunes y similares que habida consideración de su condición de elementos genéricos, no resultan susceptibles de apropiación exclusiva, por lo que se excluyen la acreditación el acto desleal en comento. Así las cosas, la imitación aducida por la demandante más bien luce como el empleo de rasgos de necesario uso por parte de un empresario dedicado al mismo ramo de negocios, como la evocación de buñuelos

preparados, verbigracia, para referirse al resultado final del producto ofrecido al público.

Por otra parte, en lo que respecta a la imitación sistemática, concebida como una estrategia utilizada por uno o varios partícipes del mercado en aras de impedir u obstaculizar la afirmación de otro en el mismo espacio, la SIC señaló que también habrá de concluirse su inexistencia, toda vez que el efecto del tipo de imitación que ahora se comenta no se produjo, se reitera, por cuenta de que la pasiva no impidió el afianzamiento o la incursión de Disa S.A. en el escenario mercantil.

2.4 ACTOS DE COMPARACIÓN

La publicidad comparativa ha sido objeto de una intensa e interesante polémica. Lo que sí es cierto es que la publicidad comparativa puede ser una valiosa fuente de información para el consumidor teniendo en cuenta que a través de ésta, en efecto, el consumidor puede obtener información relativa a diversas ofertas, lo que sin duda contribuirá a que las pueda deslindar con mayor nitidez y es una herramienta eficaz para promover la competencia. En consecuencia, debe ser permitida, aunque deberá cumplirse con algunas condiciones en aras de una competencia leal.

Por publicidad comparativa se entiende cualquier publicidad en la que el anunciante implícita o explícitamente se compara con sus competidores o compara productos o servicios de terceros.

En Colombia, los actos de comparación son descritos en el artículo 13 de la Ley 256 de 1996 en los siguientes términos:

Sin perjuicio de lo establecido en los artículos 11 y 13 (sic) de esta ley, se considera desleal la comparación pública de la actividad, las prestaciones mercantiles o el establecimiento propios o ajenos con los de un tercero, cuando dicha comparación utilice indicaciones o aseveraciones incorrectas o falsas u omite las verdaderas. Así mismo, se considera desleal toda comparación que se refiera a extremos que no sean análogos ni comprobables.²⁶

De lo anterior se puede concluir que las comparaciones están permitidas siempre que en éstas no se utilicen afirmaciones o indicaciones falsas o incorrectas, no se omitan las verdaderas características de los productos, servicios o prestaciones mercantiles comparadas, y aquello que se diga en la comparación sea comprobable y comparable.

El elemento característico de las comparaciones se basa en el enfrentamiento que se exponga acerca de las características objetivas de dos o más ofertas pertenecientes a distintos oferentes, los cuales también deben ser identificados o identificables.

Por otra parte, la comparación **no debe utilizar aseveraciones incorrectas o falsas**. Si bien la norma no indica si tal exigencia se refiere al producto propio o al producto comparado, un entendimiento racional del artículo lleva a concluir que la censura a realizar afirmaciones falsas o incorrectas, aplica tanto para aquellas que se refieren al producto propio, como aquellas que se refieren al producto enfrentado, pues por tratarse de una comparación, la distorsión de la realidad y el engaño que se pretende evitar que se presente en las comparaciones, puede surgir en la mente del receptor de la información, en cualquiera de las dos hipótesis mencionadas.

²⁶ CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 256 de 1996 Artículo 11 y 13.

Unida a lo anterior, para que se trate de competencia leal **las comparaciones deben ser comprobables**, lo cual surge necesariamente del hecho de que aquello que se diga en la comparación sea verdadero, toda vez que si las indicaciones o aseveraciones que se exponen son falsas o incorrectas, las mismas no podrán ser comprobables.

En la comparación **no se deben omitir las verdaderas características de los productos anunciados**. En este punto se debe prestar especial cuidado, toda vez que una interpretación que no consulte la realidad del comercio podría llegar a enmarcar como desleal cualquier referencia que se haga de la competencia, cuando se mencionen solo algunas de las cualidades de los servicios, actividades o productos del competidor o del anunciante. No se está exigiendo que se enumeren todas las características de los bienes, sino aquellas a las cuales se refiere la comparación, se expongan en forma completa, de tal forma que el consumidor o potencial cliente cuente en forma íntegra con la información necesaria para adoptar una decisión.

Finalmente, en la comparación **no se deben enfrentar extremos que no sean análogos**, lo cual implica que sólo se debe comparar aquello que es comparable. Lo anterior se explica en razón a que las comparaciones deben guardar un grado de proporcionalidad que haga que la comparación sea real. En este sentido, solo serán comparables los productos que para el consumidor representan ofertas alternativas en el mercado y que en tal sentido le presentan una alternativa real de escoger entre dos marcas o dos productos que él considera que satisfacen en forma adecuada un mismo deseo de consumo, pero no serán comparables o no serán extremos análogos, los productos que por no ser competitivos entre sí o no satisfacer el mismo deseo de consumo, el consumidor no los contempla como opciones simultáneas en su decisión de compra.

2.5 PUBLICIDAD ENGAÑOSA

Como se ha expuesto en este trabajo, la publicidad, por sus características, es una de las herramientas más importantes con que cuenta el mercado para que exista una lucha sana entre los diferentes oferentes de bienes y servicios, en pro de una competencia económica real y efectiva.

No obstante lo anterior, cuando la publicidad que se realiza es engañosa, los beneficios naturales que la publicidad genera en el mercado se desdibujan tornándose la publicidad en nociva, pues no solo se expondrá al destinatario de la misma a basar sus decisiones de compra en información irreal del producto anunciado, sino que se generará en la competencia económica una distorsión, la cual, por los efectos que puede causar en los destinatarios de la misma, es susceptible de perjudicar injustificadamente a los competidores.

De acuerdo con lo anterior, en Colombia está prohibida la publicidad engañosa que, desde el punto de vista publicitario se entiende como aquella que se genera cuando el mensaje que difunde un anunciante...

“...para dar a conocer a sus destinatarios su marca, su producto o su servicio, o para persuadirlos en su decisión de compra, contiene elementos que son susceptibles de generar en los receptores del mismo, un concepto equivocado de la realidad o del producto que se anuncia, o lo que es igual, cuando el mensaje publicitario es capaz de generar en los consumidores a los que se dirige una representación distorsionada de la realidad (subrayado por fuera del texto original)

...Es importante resaltar que la noción de publicidad engañosa acá expuesta no se centra en los conceptos de veracidad ni de falsedad, sino que se basa en la noción de engaño, toda vez que un mensaje puede contener afirmaciones verdaderas, que a pesar de su veracidad, engañan o son susceptibles de inducir a engaño a sus destinatarios, al igual que puede contener elementos falsos, que a pesar de su falsedad no engañan al consumidor (por ejemplo las exageraciones obvias).²⁷

²⁷ SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO. Resolución 32749 de Diciembre 29 de 2004

En consecuencia, para efectos de verificar si las aseveraciones realizadas, por las circunstancias en las cuales fueron emitidas, son susceptibles de inducir a error al público destinatario, debe partirse de una interpretación adecuada del mensaje, que permita comprender su contenido en la forma natural y obvia como lo entendería el público objetivo al cual se dirigió la publicidad.

En tal sentido, uno de los límites que encuentra el anunciante se enmarca en la capacidad que tenga el anuncio de inducir a engaño a los destinatarios del mismo acerca de la realidad de la oferta que se presenta, por lo cual, si una pieza publicitaria contiene afirmaciones que no son ciertas y las mismas, por las circunstancias en que se difunden, no son susceptibles de inducir a error a sus destinatarios, la pieza no será considerada engañosa, toda vez que al consumidor le será posible percibir la incorrección o falsedad, la ironía o la exageración, y no se formara un juicio distorsionado de la realidad que lo guie en su decisión de compra.

De acuerdo con lo anterior, si una pieza publicitaria contiene afirmaciones que no son ciertas y las mismas no son susceptibles de inducir a error a sus destinatarios, la pieza no será considerada engañosa, toda vez que al consumidor le será posible percibir la incorrección o falsedad, la ironía o la exageración, y no se formara un juicio distorsionado de la realidad que lo guie en su decisión de compra.

Un ejemplo de publicidad engañosa en Colombia es el litigio que se presentó con ocasión de la denuncia presentada por Colombia Móvil S.A. ESP ante la Superintendencia de Industria y Comercio a través del cual acusaron la presunta realización de actos de publicidad engañosa por parte de la sociedad Comunicación Celular S.A. Comcel S.A.

En dicho escrito, Colombia Móvil S.A. ESP, manifiesta que ha encontrado en la televisión nacional un comercial de la compañía COMCEL S.A. respecto de la tarifa de las llamadas de móvil a fijo en el que éste anuncia: "de fijo a celulares Comcel, "la tarifa más atractiva"...

Así mismo, la demandante aclara que la tarifa ofrecida por Comcel, y que anuncia en esta publicidad, es "desde \$518 + IVA en horarios off peak" y que por su parte, tarifa de Colombia Móvil de fijo a OLA, es de \$440 + IVA, por lo que una tarifa que la supera en más de 75 pesos por minuto, sin incluir el IVA, por supuesto no puede ser "la tarifa más atractiva", y cuando adicional a esto, solo tiene ese precio en un horario especial, distinto a la tarifa de OLA que es a cualquier hora.

Como consecuencia de lo anterior y en la medida en que la tarifa de Comcel no es la tarifa más atractiva, se está induciendo a error al consumidor quien podrá creer que al llamar de fijo a Comcel está obteniendo el precio más bajo de fijo a móvil.

Al respecto la Superintendencia de Industria y Comercio (SIC) señaló que todo anunciante debe respetar un principio fundamental y la prohibición de emplear publicidad que no corresponda a la realidad, así como aquella que induzca o pueda inducir a error a los consumidores.

De acuerdo con lo anterior, al exigirse que la información comercial que se transmita sea veraz y suficiente se está estableciendo que aquella de carácter objetivo debe ser real y, por lo tanto, no debe conducir a error al consumidor. Justamente, el calificativo de "veraz" de acuerdo con el Diccionario de la Lengua Española significa *"que dice, usa o profesa siempre la verdad"*; a su vez, el término "verdad" significa *"conformidad de las cosas con el concepto que de ellas se forma en la mente, juicio o proposición que no se puede negar racionalmente"*. Entonces, se puede concluir que la exigencia de veracidad hace alusión a los elementos o aspectos objetivos de aquello que se informa y será por ende

respecto de estos que se realice la comparación para establecer si el juicio o la representación mental que de ellos se hace se encuentra conforme con la cosa o con la realidad que se ha informado.

Por otro lado, cuando se trata de afirmaciones subjetivas, estas no pueden ser calificadas como verdaderas o falsas, pues se trata de valoraciones relativas a un modo de sentir o de pensar y, en el caso de la publicidad, sencillamente manifiestan la opinión del anunciante en torno a un objeto o al producto. En ese orden de ideas, se puede determinar que las enunciaciones subjetivas corresponderán la mayoría de las veces a simples opiniones del anunciante cuya veracidad no es susceptible de ser comprobada; entonces, al no ser ni verdaderas ni falsas, no se analizarían bajo el marco de la referida disposición.

También se debe tener en cuenta que el consumidor, como receptor de la publicidad, no fundamenta su decisión de compra exclusivamente con base en las opiniones y alabanzas que el anunciante hace de sus productos, pues el consumidor racional reconoce que en ellas hay una opinión parcializada; luego su decisión de compra se basa también y de manera principal en la información objetiva que reconoce en el producto, si hay lugar a ella, porque puede ocurrir que el contenido de la pieza publicitaria sea meramente subjetivo y aun así se opte por adquirir el bien o servicio.

Es importante analizar qué sucede al realizar afirmaciones subjetivas en torno a los elementos objetivos de la publicidad.

Quando una expresión subjetiva recae sobre uno de los aspectos objetivos, como por ejemplo, el precio del bien o servicio que se ofrece, su peso o medida, la calidad del mismo, la cantidad, etc., no puede decirse que por corresponder a opiniones o adulaciones del anunciante, no pueden ser calificadas de verdaderas o falsas, porque puede suceder que las mismas tengan la facultad de transformar el mensaje que se quiere transmitir,

induciendo a error al consumidor, pues la información que proporciona la pieza publicitaria es engañosa²⁸.

En esta hipótesis, el destinatario de la publicidad se forma un concepto equivocado de la realidad o del producto que se anuncia, pues con fundamento en un elemento objetivo se hace una representación distorsionada de la realidad, pues su análisis se contamina con el ingrediente subjetivo que califica al aspecto objetivo. No se puede decir entonces que en este evento el consumidor promedio puede diferenciar o reconocer el alcance del elemento objetivo y hacer caso omiso de la indicación subjetiva que se hace sobre él y, en ese orden de ideas, su decisión de compra se puede ver afectada, en la medida en que se le induce a error.

Así pues, será merecedora de reproche la propaganda comercial que transmita un mensaje que induzca a error al consumidor por no proporcionar una información veraz, partiendo de la base de que la veracidad se encuentra determinada por lo que se indique, o mejor, por lo que se informe acerca de los elementos objetivos de la pieza publicitaria, incluyendo las aseveraciones subjetivas que recaigan sobre estos.

De acuerdo con lo anterior la SIC hizo el siguiente análisis para verificar si la pieza publicitaria objeto de denuncia pudo generar una afectación al consumidor al inducirlo a engaño, partiendo de la base del mercado al que se dirigió el mensaje publicitario:

- La Publicidad: La tarifa más atractiva desde \$518 + IVA* por minuto en horario Off Peak

²⁸http://www.sic.gov.co/oldest/recursos_user/documentos/proteccion_consumidor/Guia_Consumidor/Guia_General_Proteccion.pdf

- Destinatarios: la propaganda comercial está dirigida a los *"usuarios fijos que deseen llamar a celulares de COMCEL"*.
- El Mensaje transmitido se tiene que efectuando el análisis en conjunto de la pieza publicitaria, el mensaje que transmite el operador anunciante es que tiene *la tarifa más baja de fijo a móvil*, pues la (expresión *"la tarifa más atractiva"* recae directamente en uno de los elementos o aspectos objetivos de la publicidad, esto es, el precio. Entonces, está indicando que el precio señalado es el más bajo, luego el destinatario o receptor de este mensaje, que es el consumidor promedio, se le está revelando que ese precio es el más atractivo del mercado para las llamadas de fijo a móvil y, en tratándose de precios, el más atractivo o atrayente no puede ser otro que el precio más económico, esto es, el más bajo

Con base en el análisis expuesto, la SIC concluyó que la pieza publicitaria objeto de cuestionamiento induce a error, toda vez que la calificación que se hace sobre el precio, esto es, indicar que es *"la tarifa más atractiva"*, transformó el mensaje que pretendió transmitir en relación con el precio, pues lo que se informó es que éste era el más bajo del mercado, la tarifa más baja del mercado en cuanto a llamadas de fijo a móvil y esto compromete de manera directa a sus competidores porque lo que está transmitiendo es que entre ellos, la sociedad Comunicación Celular S.A. Comcel S.A. tiene el precio más económico y este mensaje es contrario a la realidad, porque para ese momento, se tiene que al menos el operador Colombia Móvil S.A. ESP ofrecía un precio menor al indicado por el denunciado para las llamadas de fijo a móvil.

2.6 APROVECHAMIENTO DE LA REPUTACIÓN AJENA

La Corte Constitucional al referirse a la reputación, la identifica con la honra para señalar que ésta...

... es una valoración externa de la manera como cada persona proyecta su imagen. Las actuaciones buenas o malas, son el termómetro positivo o negativo que se irradia para que la comunidad se forme un criterio objetivo respecto de la honorabilidad de cada ser. Por ello así como las buenas acciones acrecientan la honra, las malas decrecen su valoración y cada quien en particular es responsable de sus actuaciones (...) Tanto el buen nombre como la honra hacen alusión a un mismo fenómeno: la reputación exterior sobre una persona”²⁹. Por lo anterior, la reputación no es un atributo, sino un hecho que es perfectamente verificable dentro del mercado.

Esta reputación es entonces la sumatoria de la forma de comportarse dentro del mercado, la confianza que inspira en sus abastecedores, compradores y demás agentes del mercado. Quien se aproveche de ésta lo está haciendo deshonestamente pues está tomando ventaja del esfuerzo económico e intelectual de quien goza de ella.

Para que una demanda con esta pretensión prospere, se debe demostrar que se tiene efectivamente una reputación que le ofrece ciertos beneficios dentro del mercado y que un tercero aprovechó en beneficio propio o ajeno esta reputación, ostentado atributos con los que en realidad no cuenta.

En la actividad publicitaria queda entonces absolutamente prohibido utilizar cualquier material perteneciente a la competencia para inducir a la clientela a la confusión acerca del origen de las prestaciones mercantiles, así el error no se haya efectivamente producido, pues el carácter de las normas de competencia desleal es eminentemente preventivo. Todo lo anterior sin perjuicio de lo dispuesto en el Código Penal y los Tratados Internacionales.

²⁹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-063/94

Es importante resaltar que en materia de competencia desleal no es necesario que se configure un real perjuicio para que las acciones prosperen. Lo único necesario es que haya habido actos con aptitud para producir confusión, desviación o desorganización. No es necesaria la ocurrencia real de esos fenómenos ni, como se anotó, la existencia de perjuicios.

La explotación de la reputación ajena aparentemente se da en todos los supuestos de confusión e imitación. Sin embargo puede pasar que este aprovechamiento se dé sin que haya confusión e imitación de por medio, es decir, ella no se limita a esos supuestos para configurarse.

Los productos y servicios en sí mismos son susceptibles de ser imitados. El inciso segundo del artículo 14 no prohíbe cualquier tipo de imitación, sino solamente aquella que sea exacta y minuciosa, y que sea susceptible de generar confusión o comportar un aprovechamiento de la reputación ajena.

Con respecto a al aprovechamiento de la reputación ajena a través de la confusión, se da cuando se utilizan signos distintivo o en general cualquier material que permita identificar el origen de los productos o servicios y relacionarlo con otro origen al cual el consumidor le cree y prefiere.

En Colombia, un caso en el cual se ve reflejado el aprovechamiento de la reputación ajena a través de medios publicitarios es el que se dio en el año 2004 entre Juan Pablo Montoya Roldán y Productos YUPI S.A por la utilización de la imagen del primero en una promoción de la última.

En primer lugar, vale aclarar que entre las partes no existe una relación de competencia, característica esta que, en teoría, es necesaria para poder adelantar un proceso de competencia desleal. La razón por la que están legitimados para hacerlo está en el artículo 3 de la ley 256 de 1996: “*se le aplicará tanto a los*

comerciantes como a cualesquiera otros participantes en el mercado. La aplicación de la ley no podrá supeditarse a la existencia de una relación de competencia entre el sujeto activo y el sujeto pasivo en el acto de competencia desleal". Ello implica que aunque Juan Pablo Montoya no participa en el mercado de los pasa bocas, si lo hace dentro del mercado publicitario, utilizando su imagen de celebridad pública para generar asociación entre los consumidores con ciertos productos, ámbito éste dentro del cual se desarrolla el conflicto.

En el proceso se probó que Juan Pablo Montoya tiene los registros marcarios para la utilización de su nombre desde el año 2000. La sociedad Productos Yupi S.A y la sociedad Serviplot Ltda. adelantaron negociaciones con el fin de utilizar la imagen del piloto en una campaña de Productos Yupi S.A. A pesar de que las negociaciones no se concluyeron, la empresa de Productos Yupi S.A., con el fin de incentivar sus ventas, utilizó en una campaña denominada Fórmula Yupi imágenes del señor Montoya. Para ello ordenó la impresión de las tarjetas a utilizar a la Corporación Gráfica Navarrete. Productos Yupi S.A no incluyó en las tarjetas ninguna mención a las licencias o autorizaciones debido a que la Corporación Gráfica Navarrete no contaba con las mismas.

Es muy común dentro del mercado que se relacionen figuras públicas con productos o servicios. Esta actividad es perfectamente legal y honesta mientras existan convenios entre las partes para el aprovechamiento de la imagen de cierto personaje, los términos de utilización y la forma de remuneración al mismo. Vale aclarar que, a pesar de ser ésta una práctica común con los personajes de la vida pública, esta normatividad aplica también para personas que no pertenecen a ella, pues la imagen de cada quien es un bien personalísimo.

La discusión en este caso está basada en el derecho que tiene el señor Montoya a que le paguen por la utilización de su imagen cuando la sociedad Productos Yupi S.A. argumenta haber pagado los derechos de uso a la empresa peruana

Corporación Gráfica Navarrete quien argumenta tener el derecho de explotación de 100 imágenes del campeonato de Fórmula Uno otorgado por Global Motor Sport, que alegó tenerlo.

No se discute en el proceso si Productos Yupi S.A pidió autorización para el uso de su imagen a Juan Pablo Montoya o sus representantes, pues quedó probado que no. Lo que se discute es si era legal su uso al ser comprados los derechos a una empresa diferente al mismo personaje y sus representantes. Por motivos procesales, dentro del proceso no se tuvieron en cuenta las pruebas que, según Productos Yupi S.A. demostraban la legalidad del uso de las imágenes en concordancia con la operación mercantil que se realizó con la Corporación Gráfica Navarrete del Perú.

La SIC no encontró fundamentadas las razones dadas por Productos Yupi S.A. porque según las pruebas aportadas en el proceso, el contrato realizado entre esta empresa y la Corporación mencionada se limitaba a una impresión de tarjetas, nunca a una autorización de uso de las imágenes, pues la misma no existía.

Es claro para ese Despacho que las fotografías tomadas en público no gozan de derechos de autor (obras con carácter artístico, literario, científico, didáctico o cultural) y por ende quien aparece en ellas tiene todas las facultades para evitar que las mismas sean usadas con fines comerciales.

El derecho a la imagen es un derecho personalísimo, y debido a ello es inaceptable que Productos Yupi S.A. argumente haberlos adquirido de alguien a quien tampoco se le había otorgado el mismo. La potestad de autorizar el uso de la propia imagen, es como se puede inferir, es de la propia persona, no de terceros. Además, señala el Despacho, el hecho de que las fotografías hubiesen sido tomadas en el exterior y que otros pilotos también aparecieran en ellas, no

cambia en nada las consecuencias que devienen del uso indebido de la imagen de Juan Pablo Montoya en el territorio colombiano.

Al quedar probado que las imágenes mencionadas fueron utilizadas sin la autorización respectiva, procede la SIC a analizar de qué forma se violó el artículo 15 de la Ley 256 de 1996, que versa sobre el tema que nos concierne: el aprovechamiento de la reputación ajena.

Se acoge la SIC al concepto de reputación como *“una valoración externa de la manera como cada persona proyecta su imagen”*, entendiendo la misma como un hecho y no como un atributo. Por lo anterior considera la reputación del señor Juan Pablo Montoya como un hecho notorio, justificado esto en los campeonatos que ha ganado, la difusión de los mismos a través de importantes medios de comunicación, su participación en numerosas campañas publicitarias, entre otros. Como consecuencia de esto, la reputación de este personaje no es necesario probarla, de acuerdo con el artículo 177 del C.P.C.

En contravía a lo argumentado por Productos Yupi S.A, la SIC considera que las conductas encaminadas a mantener o conseguir clientela de forma deshonestas no requieren ser eficaces para ser sancionadas, basta que sean aptas para el propósito. En este caso utilizar la imagen del piloto colombiano para generar asociación con los Productos Yupi S.A a través de la campaña publicitaria Fórmula Yupi, constituyó un mecanismo completamente apto para atraer clientela aprovechándose de los atributos que Juan Pablo Montoya ostenta.

Con respecto a los actos de imitación que configuran competencia desleal y que se encuentran en el artículo 14 de la Ley 256, la posición de la SIC en este litigio es que la prestación mercantil con que participa el señor Juan Pablo Montoya en el mercado, consiste en permitir el uso de su imagen, a cambio de una contraprestación económica, a los diferentes productores y oferentes de bienes y

servicios, para que éstos utilicen la imagen de Juan Pablo Montoya y lo que ella proyecta y representa, en las diferentes iniciativas publicitarias que emprendan. Así las cosas, al haber utilizado la sociedad Productos Yupi S.A. la imagen de Juan Pablo Montoya sin su autorización, dicha sociedad imitó la prestación mercantil con que la parte actora participa en el mercado, imitación que siendo exacta y minuciosa, comportó un aprovechamiento indebido de la reputación del accionante.

Cabe aclarar que el acto de competencia desleal que se configuró con la imitación minuciosa y exacta fue el de aprovechamiento de la reputación ajena y no el de confusión, pues Productos Yupi S.A. con su actuación no llevó a los consumidores a confundir la actividad comercial de ellos con la del señor Juan Pablo Montoya.

Competencia parasitaria. La denominación en referencia es utilizada cada vez más frecuentemente para aludir a comportamientos que han venido observándose en la práctica. Se trata de aquellos casos en los cuales se emplea para distinguir un producto la denominación (marca, emblema, etc.) de otro enteramente diferente. La Doctrina cita como ejemplos los cigarrillos “Ford”, bicicletas “Kodak”, perfumes “Lucky Strike”.

Ante situaciones como las que se han enumerado, es evidente que el fabricante trata de aprovechar en su propio beneficio el prestigio de empresas con sólida reputación en otros campos de la industria y desde ese ángulo es necesario admitir que su comportamiento es censurable. Pero ¿tal comportamiento será constitutivo de competencia desleal?

Al analizar los elementos que deben concurrir para que se configure la práctica de competencia desleal aparece claro que en competencia parasitaria falta el primero de ellos, es decir, que sea un acto realizado por un competidor y con el cual se busque para sí la clientela del otro.

Sin perjuicio de lo anterior, hay quienes han ido más lejos y han señalado que se considera competencia desleal la adopción de signos cuando pese a no existir posibilidad alguna de confusión, estén particularmente acreditados en el mercado.

Al respecto, la doctrina ha señalado que:

En términos comunes, el llamado 'good will' tiene que ver con 'alguna cosa especial' que una compañía (o entidad de cualquier clase) tiene y otra no'. Al intentar describir más específicamente esta 'alguna cosa especial', una persona puede decir que es la 'buena reputación de la compañía'; otra puede decir que es 'su servicio excelente'; otra que „su ubicación favorable'. Y así sucesivamente. Pero sea lo que fuere, es alguna ventaja intangible que una firma tiene sobre otras de su clase, y en virtud de la cual hace 'más negocio' proporcionalmente que sus competidores (...)

Es así, como el aprovechamiento de la reputación ajena constituye una forma parasitaria de competir, pues implica tener una presencia en el mercado a costa del esfuerzo económico e intelectual de un tercero. Tal actitud perjudicial para el competidor agredido, genera consecuencias nefastas para el consumidor que en no pocas ocasiones es víctima de la confusión que trae consigo este tipo de conductas, toda vez que lo que busca quien en ellas incurre, es crear en el público una asociación con las calidades y reputación de aquel oferente en el cual se apoya. En consecuencia, esta conducta viola el principio de transparencia que debe existir en el mercado, atentando en forma directa contra la leal competencia.³⁰

³⁰ SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO. Resolución No. 10030 del 10 de mayo de 2004. Sobre la explotación de la reputación ajena por quien emplea un signo distintivo confundible con otro en materia de competencia desleal.

3. PROCESO EN CASO DE COMPETENCIA DESLEAL

3.1 COMPETENCIA

Hasta antes de la Ley 446 de 1998 la competencia para conocer de procesos por competencia desleal estaba en cabeza de los jueces, pero el artículo 147 de la Ley 446 indica que de los procesos que en ella se regulan son competentes las superintendencias a prevención de los jueces que en ella se regulan son competentes las superintendencias a prevención de los jueces.

De acuerdo con lo anterior, según lo dispuesto en el artículo 143 de la misma Ley, La Superintendencia de Industria y Comercio tendrá respecto de las conductas constitutivas de la competencia desleal las mismas atribuciones señaladas legalmente en relación con las disposiciones relativas a promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas³¹.

En consecuencia, el artículo le 143 otorgó facultades jurisdiccionales a la Superintendencia de Industria y Comercio (SIC), como lo reconoció la Corte en la sentencia C-649-01:

La dificultad para determinar la índole de las funciones atribuidas por las normas en comento radica en que se trata, en principio, de funciones claramente administrativas, propias del área de promoción de la competencia en el mercado, que son ejercidas por la Superintendencia en su calidad de ente de inspección, vigilancia y control, a través de actos administrativos sujetos al control de la jurisdicción contencioso-administrativa, y por medio de un procedimiento de naturaleza igualmente administrativa. Sin embargo, no sólo la Ley 446 de 1998 es una ley de desjudicialización, sino que ella misma hace referencia, en sus artículos 147 y 148, a ciertas funciones jurisdiccionales que habrán de ser ejercidas por las Superintendencias, entre ellas la de Industria y Comercio; ello, por dos razones:

³¹ http://www.sic.gov.co/siyc/memoria/sic/sc649_01.html

(i) el artículo 147 dispone que son competentes a prevención la Superintendencia y los jueces para conocer de los "asuntos de los que trata esta parte"; si existe competencia a prevención para conocer de los casos de competencia desleal, es claro que se tiene que tratar de la misma función, de índole jurisdiccional, que ejercen los jueces de la República en virtud de la Ley 256 de 1996. Por lo mismo, debe concluirse que al menos algunas de las funciones que otorga el artículo 143, demandado, son jurisdiccionales, y que en consecuencia, los actos dictados por la Superintendencia en ejercicio de esta función, harán tránsito a cosa juzgada, tal y como lo dispone el inciso 3 del mismo artículo 147;

(ii) el artículo 148, en su tercer inciso, establece que los actos dictados por las Superintendencias en ejercicio de sus facultades jurisdiccionales no tendrán acción o recurso alguno ante las autoridades judiciales, pero que la decisión por la cual se declaren incompetentes y el fallo definitivo, serán apelables ante las mismas. Asimismo, dispone en su párrafo tercero, que una vez en firme la decisión de la Superintendencia y Comercio sobre las conductas que constituyen competencia desleal, el afectado tendrá quince días para solicitar la promoción de un trámite **incidental** de liquidación de perjuicios, a la manera de lo que ocurre con este tipo de trámites en el procedimiento jurisdiccional ordinario.

En consecuencia, es necesario partir de la base de que las funciones que otorga la Ley 446/98 a la Superintendencia de Industria y Comercio son, al menos en parte, jurisdiccionales³².

Así, la SIC podrá velar por la observancia de las disposiciones sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas en los mercados nacionales y podrá imponer las sanciones pertinentes por violación de las normas sobre prácticas comerciales restrictivas y promoción de la competencia así como por la inobservancia de las instrucciones en desarrollo de sus funciones.

3.2 ACCIONES DE COMPETENCIA DESLEAL ESTUDIADAS POR LA SIC

La Corte Constitucional ha sostenido que las acciones que puede adelantar la SIC como entidad encargada de la inspección, vigilancia y control de la competencia en el mercado son, según lo consagrado en la Ley 256 de 1996:

³² CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-649/01.

Acciones. Contra los actos de competencia desleal podrán interponerse las siguientes acciones:

Acción declarativa y de condena. El afectado por actos de competencia desleal tendrá acción para que se declare judicialmente la ilegalidad de los actos realizados y en consecuencia se le ordene al infractor remover los efectos producidos por dichos actos e indemnizar los perjuicios causados al demandante. El demandante podrá solicitar en cualquier momento del proceso, que se practiquen las medidas cautelares consagradas en el artículo 33 de la presente Ley.

Acción preventiva o de prohibición. La persona que piense que pueda resultar afectada por actos de competencia desleal, tendrá acción para solicitarle al juez que evite la realización de una conducta desleal que aún no se ha perfeccionado, o que la prohíba aunque aún no se haya producido daño alguno".

La acción declarativa y de condena, corresponde a la pretensión de que exista una declaración judicial de ilegalidad sobre los actos impugnados, y en consecuencia, se ordene al infractor cesar sus efectos e indemnizar los perjuicios que se causaron; por su parte, la acción preventiva o de prohibición, corresponde a la pretensión de que se evite la realización de una conducta típica de competencia desleal que aún no se ha consolidado, o que la prohíba, incluso si no ha ocurrido un daño como consecuencia de tal acto. Ambos tipos de pretensiones pueden ser satisfechas por la Superintendencia cuando haga uso de algunas de las atribuciones que le corresponden para promover la competencia y frenar las prácticas comerciales restrictivas; en particular, las que le atribuye el artículo 2 del decreto 2153 de 1992.

Así, el numeral primero de tal artículo faculta en términos genéricos a la Superintendencia en cuestión para velar por la observancia de las normas correspondientes; en este caso las que reprimen la competencia desleal, atender las reclamaciones o quejas que se presenten por hechos que afecten la competencia para alcanzar las finalidades establecidas en la ley. El numeral segundo del mismo artículo le permite a la Superintendencia imponer las sanciones a las que haya lugar como resultado de las investigaciones que adelante, tanto por violación de las normas legales cuya integridad debe proteger, como por inobservancia de las instrucciones que ella misma haya impartido...^{33,}

³³ Ibíd. Sentencia C-649/01.

3.3 PROCEDIMIENTO

Con la expedición de la ley 256 de 1.996, el trámite judicial para demandar los actos de competencia desleal pasó de ser el del juicio ordinario por el del abreviado, lo que en realidad le quitó a las sentencias de segunda instancia proferidas en un proceso de estos el recurso de casación ante la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, y no aportando celeridad alguna con el hecho de que la situación fuera a ser la del juicio abreviado.

Luego en la ley 446 de 1.998 se introdujo en su artículo 143 que *“La Superintendencia de Industria y Comercio tendrá respecto de las conductas constitutivas de la competencia desleal las mismas atribuciones señaladas legalmente en relación con las disposiciones relativas a promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas”*³⁴, lo que complementó con el artículo 147 donde señaló que *“La Superintendencia o el juez competente conocerán a prevención de los asuntos de que trata esta parte”*³⁵, significando que el trámite judicial para plantear una demanda por competencia desleal podía promoverse, bien ante la justicia ordinaria o ante la SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO, a elección del demandante.

No obstante que con la ley 256 de 1.996, o con la 446 de 1.998, el procedimiento a seguirse era el del juicio abreviado, hoy el que se aplica que es el del trámite verbal.

Como se mencionó anteriormente, la SIC tiene por mandato legal, la obligación de velar por la observancia de las disposiciones sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas en los mercados nacionales.

³⁴ CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 446 De 1998

³⁵ *Ibíd.*

Según la Ley 256 de 1996, la legitimación por activa la tendrá cualquier persona que participe o demuestre su intención para participar en el mercado, cuyos intereses económicos resulten perjudicados o amenazados por los actos de competencia desleal, está legitimada para el ejercicio de las acciones previstas en el artículo 20 de esta ley.

Sin perjuicio de lo anterior, las acciones contempladas en el artículo 20 de la Ley 256 podrán ejercitarse además por las siguientes entidades: asociaciones o corporaciones profesionales y gremiales cuando resulten gravemente afectados los intereses de sus miembros, asociaciones que, según sus estatutos, tengan por finalidad la protección del consumidor. No obstante estar autorizadas, la legitimación quedará supeditada en este supuesto que el acto de competencia desleal perseguido afecte de manera grave y directa los intereses de los consumidores.

Además de las anteriores entidades, también está legitimado por activa el Procurador General de la Nación en nombre de la Nación, respecto de aquellos actos desleales que afecten gravemente el interés público o la conservación de un orden económico de libre competencia. En este caso, la legitimación se presumirá cuando el acto de competencia desleal afecte a un sector económico en su totalidad, o una parte sustancial del mismo.

Por otra parte, la podrá dirigirse contra cualquier persona cuya conducta haya contribuido a la realización del acto de competencia desleal.

4. CONCLUSIONES

La competencia desleal entendida como la práctica abusiva del comercio por quien trata de desviar en provecho propio la clientela de otro, empleando para conseguirlo medios deshonestos y desleales, no requiere para estructurarse dolo, ni que existan efectivamente perjuicios derivados de éste, ni ocurrencia real o efectiva de confusión, desviación o desorganización de la clientela. Para que ella se configure, basta con la ejecución de actos desleales con la aptitud de producir los efectos mencionados y con este solo hecho procede la acción conminatoria, sin perjuicio de que se generen las correspondientes acciones en el evento en que las demás hipótesis se configuren.

La publicidad es uno de los medios a través de los cuales puede ser materializada la competencia desleal. Ella es el medio por el cual los consumidores conocen los bienes y servicios ofrecidos por los productores y proveedores, y constituye una de las principales herramientas de atracción de clientela.

Es en este escenario donde tienen lugar los conflictos objeto de este trabajo, los cuales de no ser resueltos entre las partes, son resueltos por la Superintendencia de Industria y Comercio quien tiene delegada esta competencia.

De los casos expuestos a lo largo del trabajo se pudo observar que en materia de competencia desleal en la publicidad cobra gran importancia el asunto probatorio. No hay una última palabra a este respecto pues teniendo en cuenta que la norma es vaga, deja a los diferentes agentes del conflicto en un amplio espectro de interpretación en el que se presentan diversos puntos de vista. Esto implica que al momento de resolver el conflicto ante la entidad competente, primará entonces antes que la realidad objetiva, la realidad que logre ser probada. Es por esto que casos que aparentemente son iguales, podrán ser fallados de formas opuestas.

Teniendo en cuenta lo anterior, las consecuencias de la competencia desleal en la publicidad son difíciles de predecir y de calcular, eso contribuye a que la mayoría de las empresas al incurrir en conductas desleales hagan una evaluación del riesgo y concluyan muchas veces que vale la pena correr el riesgo de enfrentarse a una demanda de competencia desleal, porque con lo que ganan con el efecto de la publicidad, recuperan los posibles litigios que se presenten. Arriesgarse puede ser útil para detener a sus competidores, incluso a costa de los perjuicios que en el futuro les podrían causar, sobre todo teniendo en cuenta que la dinámica procesal les confiere un tiempo en el que pueden sacar provecho de la situación.

Lo anterior solo demuestra que en este tipo de conflictos se mueven intereses netamente económicos. Quienes tienen acceso a este tipo de justicia son élites y sectores específicos de la sociedad quienes deciden adoptar o no las decisiones aun teniendo conocimiento de que pueden incumplir la ley y ser sancionados ya que esto les reportará más beneficio económico que cumplirla. Lo cual permite concluir que si bien existe normatividad al respecto, ésta no es ni eficiente ni eficaz, pues las elites están dispuestas a incumplirla si esto les reporta beneficios económicos.

BIBLIOGRAFÍA

ALMONACID SIERRA, Juan Jorge y GARCIA LOZADA, Nelson Gerardo. Derecho de la competencia. Editorial Legis, 1998.

ARENS, William F. Publicidad. Edición 11. Editorial McGraw-Hill, 2008

AZNAR, Hugo y CATALÁN, Miguel. Códigos Éticos y Publicidad y Marketing.

BARONA VILAR, Silvia. Competencia Desleal. Tutela jurisdiccional -especialmente proceso civil- y extrajurisdiccional. Tomo I. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2008.

BOTERO, Luis Gabriel. Qué se puede y qué no en la publicidad.

CÓDIGO DE COMERCIO.

CÓDIGO COLOMBIANO DE AUTORREGULACIÓN PUBLICITARIA.

COLECCIÓN DERECHO ECONÓMICO Y DE LOS NEGOCIOS. Varios autores. Derecho de la competencia. Derecho de la distribución comercial. Política y derecho del consumo

CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 178 de 1994, Ley 256 de 1996 y Ley 1480 de 2011.

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencias C-524 de 1995, C-870 de 2003, C-070 de 2004, C-486 de 2009, C-352 de 2009, C-063/94, C-649/01

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA y CONSEJO DE ESTADO. Sentencias.

ESTATUTO DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR.

GACHARNÁ, María Consuelo. La competencia desleal.

JAECKEL KOVACS, Jorge. Apuntes sobre competencia desleal. Jaeckel Abogados.

JAECKEL, Jorge. Publicidad Comparativa frente a la Competencia Desleal.

SÁNCHEZ SABATER, Laura. Actos de Confusión. En: MARTÍNEZ SANZ, Fernando (director). Comentario Práctico a la Ley de Competencia Desleal. Editorial Tecnos. Madrid, 2009. p. 79.

SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO. Resolución No. 10030 del 10 de mayo de 2004. Resolución 32749, Diciembre 29 de 2004. Auto No. 1841 de 2010.

THOMAS RUSSELL, J.; RONALD LANDE, W. y WHITEHILL KING, Karen. Kleppner Publicidad. Ed. Pearson Prentice Hall.

TINOCO SOARES, José Carlos. Tratado de propiedad industrial de las Américas. Ley General de Publicidad de 1988. España

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA. Interpretación Prejudicial dentro del proceso No. 32-IP-2009.

Referencias de Internet:

<http://www.notinet.com.co/serverfiles/servicios/archivos/21mar03/sic-03.htm>

http://www.sic.gov.co/oldest/recursos_user/documentos/proteccion_consumidor/Guia_Consumidor/Guia_General_Proteccion.pdf

http://www.sic.gov.co/siyc/memoria/sic/sc649_01.html